

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire

Mougenot, Dominique

Published in:

Revue de droit judiciaire et de la preuve

Publication date:

2009

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2009, 'Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire', *Revue de droit judiciaire et de la preuve*, Numéro 3, p. 112-117.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire

a. Les données du cas d'espèce

1. Les décisions prononcées successivement par le président du tribunal de commerce de Tongres et la cour d'appel d'Anvers s'inscrivent dans le cadre d'un litige entre deux sociétés spécialisées dans la vente de bière en bouteille de plastique: une société belge et une société allemande. Suite à la rupture du contrat qui les unissait, le président du tribunal de commerce de Tongres, siégeant en référé, avait désigné un expert pour établir le dommage subi par la société belge. La société allemande soutenait que ce dommage était inexistant parce que la société belge n'aurait jamais pu vendre les quantités commandées. L'expert devait donc évaluer la capacité de vente de la société belge. Il s'est vite trouvé confronté à une difficulté, parce que l'exécution de sa mission supposait qu'il décrive la structure de coûts et le mode de détermination des prix pratiqués par la société belge. Celle-ci était disposée à fournir ces données à l'expert mais souhaitait que seules les informations utiles pour former l'opinion de l'expert soient divulguées à son adversaire.

Dans ce contexte délicat, le juge des référés a reconnu que le secret des affaires justifiait que l'on fasse une entorse au principe du contradictoire. Il a donc précisé que l'expert devait procéder à une sélection des données qui lui étaient fournies par la société belge et ne porter à la connaissance de la société allemande que les pièces utiles pour l'élaboration de ses conclusions et qui ne portaient pas atteinte aux secrets d'affaires de la société belge.

La société allemande forma appel contre cette ordonnance. Elle souhaitait avoir accès à l'intégralité des pièces soumises à l'expert ou, à tout le moins, que ces pièces soient portées à la connaissance de son conseil technique.

La cour confirma l'ordonnance. Elle précisa le point critique de la mission, de telle sorte que les données sensibles soient portées à la connaissance d'un réviseur d'entreprise désigné par la société allemande, pour autant qu'elles soient utiles pour les conclusions de l'expert.

Ces décisions sont intéressantes. Elles s'inscrivent dans un courant de jurisprudence qui tente de concilier les se-

crets d'affaires, dont les tribunaux reconnaissent l'existence, avec le principe du contradictoire. La note qui suit va examiner ce qu'il faut entendre par secret d'affaires et quel est son fondement juridique. Elle va ensuite déterminer les conséquences qu'il faut attacher à ce concept en droit judiciaire.

b. Définition et fondement du secret des affaires

2. Essayons tout d'abord de baliser notre sujet. En quoi consiste effectivement le secret des affaires? La notion n'est pas inconnue en droit belge mais est régie par une manière parcellaire. Ainsi, l'article 309 du Code pénal punit celui qui a méchamment ou frauduleusement communiqué des *secrets de la fabrique* dans laquelle il est ou a été employé. Cette notion de secret de fabrique vise exclusivement des secrets de nature technique¹. Elle est trop étroite pour correspondre au concept de secret des affaires. L'article 17 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail impose au travailleur de s'abstenir tant en cours de contrat qu'après la cessation de celui-ci de divulguer les *secrets de fabrication ou d'affaires*, ainsi que le secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle. La notion visée est ici plus large. Elle concerne non seulement les informations de nature technique mais aussi toute information commerciale ou financière, appartenant à l'entreprise et dont la non-divulgaration constitue pour l'entreprise un avantage sur ses concurrents². Le régime de protection de ces dispositions est limité: il s'agit de prévenir toute divulgation de données confidentielles par un préposé ou un ancien préposé. Toute forme d'appropriation de données par un concurrent n'est donc pas visée. Mais la notion utilisée par la loi du 3 juillet 1978, qui recouvre aussi bien des données techniques que commerciale, est très large. Elle me paraît correspondre à l'acception générale qu'il convient de donner au concept³.

Enfin le secret des affaires ne se confond pas avec le secret professionnel, même si les notions sont voisines. Le secret professionnel ne couvre que les informations confiées à un

¹ Cass. 27 septembre 1943, *Pas.* 1943, I, 358.

² J.-P. BUYLE, "Le secret des affaires: du droit à l'intimité au secret professionnel?", in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 93 et s., n° 12; M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir faire*, Bruxelles, Larcier, 1999, n° 555; B. TILLEMANS, "L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés", *J.T.* 1993, p. 552; S. JOCHEMS, "De bescherming van het zakelijke geheim erkend door het Grondwettelijk Hof", *RABG* 2008, p. 389. Voir aussi la définition du "savoir faire" (*know how*), qui désigne tout procédé, technique ou non, qui accroît la capacité concurrentielle de l'entreprise qui en est détentrice (L. VAN BUNNEN, "Des conditions de la protection des secrets de fabrique et du "savoir faire" technique", *R.C.J.B.* 1976, p. 362).

³ J.-P. BUYLE propose de définir le secret d'affaires de manière négative, comme toute information ou connaissance qui n'entre pas dans la définition du secret de fabrique ou du secret protégé par la loi sur le contrat de travail. A défaut de définition légale, chacun est libre de délimiter le concept comme il veut. Cependant, je ne vois pas l'utilité d'écarter du secret des affaires, au sens général, les données protégées par l'art. 309 C.pén. et la loi du 3 juillet 1978. Ces données connaissent un mode de protection spécifique mais relèvent, à mon sens, du secret des affaires.

"confident nécessaire", c'est-à-dire une personne qui, par état ou par profession, devient nécessairement dépositaire d'informations intimes ou confidentielles. Les données d'entreprise confidentielles ne relèvent donc du secret professionnel que lorsqu'elles sont transmises à une personne qui est naturellement assujettie au secret professionnel: avocat, notaire, expert comptable... Autrement, leur seule protection repose, outre les dispositions évoquées ci-dessus, sur les mécanismes du droit commun: article 1382 C.civ., article 94/3 de loi sur les pratiques du commerce, clauses contractuelles de confidentialité...¹. Des régimes spécifiques de protection existent également dans le cadre des procédures juridictionnelles qui s'inscrivent dans certains contentieux particuliers (concurrence et marchés publics)².

3. Le secret des affaires trouve son fondement dans le droit au respect de la vie privée. Cela peut paraître étrange de parler de vie privée en matière commerciale, *a fortiori* pour une personne morale. Il est cependant admis que "les personnes morales n'ont pas de vie privée au sens où on l'entend pour les personnes physiques mais elles ont, en dehors des actes soumis à publicité légale, une activité intérieure que les tiers n'ont pas à connaître et elles bénéficient du secret des affaires"³.

Le droit à la vie privée est protégé par l'article 8 de la C.E.D.H. L'interprétation de cette disposition par la Cour européenne des droits de l'homme constitue donc un instrument privilégié pour apprécier les limites de ce concept. Or, dans l'arrêt *Niemietz*⁴, la Cour a reconnu que la notion de vie privée "englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel et commercial"⁵. C'est ainsi que des écoutes téléphoniques en matière de

communications commerciales constituent une atteinte à la vie privée⁶. Elle a également admis que, dans certaines circonstances, le droit à l'inviolabilité du domicile s'étend au siège social, à l'agence ou aux locaux professionnels d'une personne morale⁷. Ceci dit, si la Cour des droits de l'homme a ouvert des portes, en ne limitant pas la vie privée à la sphère des relations personnelles, elle n'a pas véritablement consacré de manière explicite le secret des affaires. Certaines voix s'élèvent d'ailleurs pour l'inciter à ne pas aller plus loin, sous peine de "mercantilisation" de l'article 8 (appropriation du concept de vie privée à des fins lucratives) et d'anthropomorphisme (on reconnaîtrait à des personnes morales des caractéristiques qui ne peuvent s'attacher qu'à des personnes physiques)⁸.

En revanche, la Cour de justice des Communautés européennes est plus explicite et reconnaît le secret des affaires comme un principe général de droit⁹. Le secret des affaires à l'égard des autorités est également reconnu par l'article 41 de la Charte européenne des droits de l'homme. Ce texte, qui inspirait déjà la jurisprudence de la Cour depuis plusieurs années, deviendra contraignant si le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 est finalement ratifié¹⁰.

Ces principes ont trouvé écho, en droit interne, dans un arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 septembre 2007¹¹.

c. Le droit à la preuve et le principe du contradictoire

4. Le secret des affaires n'est toutefois pas absolu. Comme le relève R. Perrot: "la litanie des secrets a cessé d'être un talisman magique permettant à un défendeur de se retrancher dans une forteresse imprenable"¹².

¹ M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir faire*, Bruxelles, Larcier, 1999, n°s 560 et s.; J.-P. BUYLE, "Le secret des affaires: du droit à l'intimité au secret professionnel?", in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, n°s 16 et s.

² Notamment: loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, art. 76, § 5; loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, art. 11. Les pouvoirs de ces juridictions sont parfois plus limités que dans le cadre d'une procédure ordinaire. Voir: X. TATON, "Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire", *R.D.C.* 2005, pp. 799 et s.

³ DE PAGE, t. II, vol. 1, 4^e éd., 1990, par J.-P. MASSON, p. 30, n° 20. Voir aussi: P. KAYZER, "Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques", *R.T.D.Civ.* 1971, p. 491, n° 35; B. DOQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 61 et s., n° 80 et s.

⁴ C.E.D.H. 16 décembre 1992, *Niemietz/Allemagne*.

⁵ Voir aussi les arrêts des 7 août 1996, *C./Belgique*; 28 janvier 2003, *Peck/Royaume-Uni*; 23 mars 2006, *Vitiello/Italie*.

⁶ C.E.D.H. 24 avril 1990, *Huvig/France*.

⁷ C.E.D.H. 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres/France*.

⁸ J. MOULY, "Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne", in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit et justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant - Nemesis, 2005, p. 302, n° 33.

⁹ C.J.C.E. 24 juin 1986, *AKZO Chemie*, C-53/85; C.J.C.E. 19 mai 1994, *SEP*, C-36/92; C.J.C.E. 14 février 2008, *Varec*, C-450/06.

¹⁰ *J.O.U.E.* n° C 306 du 17 décembre 2007. Pour un commentaire de ce processus, voir: O. DE SCHUTTER, "Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - (1^{er} janvier 2007 - 1^{er} février 2008)", *J.T.D.E.* 2008, p. 126; A. DEFOSSEZ, "La consécration de la Charte des droits fondamentaux", *Rev. fac. dr. Ulg* 2008/2, pp. 233 et s. Le vote négatif lors du référendum irlandais jette évidemment un doute important sur l'avenir du processus de ratification.

¹¹ C. CONSL. n° 118/2007, 19 septembre 2007, *J.L.M.B.* 2007, 1498, *RABG* 2008, 382, note JOCHEM, *R.W.* 2007-08 (sommaire), 423, *R.W.* 2007-08 (sommaire), 1318.

¹² R. PERROT, "Chronique - droit judiciaire privé", *R.T.D. civ.* 2007, p. 638.

Les adversaires du secret des affaires sont puissants. Ils se nomment: droit à la preuve et principe du contradictoire.

5. Le droit à la preuve est le droit de pouvoir rapporter la preuve des faits ou des actes qui sous-tendent le droit invoqué. Reconnaître un droit d'agir en justice à un justiciable puis l'empêcher de rapporter la preuve des éléments constitutifs de ce droit revient à priver cette personne de son droit subjectif. C'est sur cette base que la Cour de cassation sanctionne les juges qui rejettent, sans motif valable, une demande d'enquête formulée par une partie¹. Le droit à la preuve est reconnu, de manière un peu molle, par la doctrine classique². Mais il revient à G. Goubeaux d'en avoir tracé les contours avec précision³. Le droit à la preuve peut être défini comme le droit de toute partie au procès de, d'une part, produire les preuves dont elle dispose, d'autre part, solliciter que les preuves dont elle ne dispose pas soient rassemblées, par l'exécution des mesures d'instruction adéquates⁴. On peut lui trouver plusieurs fondements, qui sont en réalité plusieurs facettes d'un même principe. Tout d'abord, le droit à la preuve peut être considéré comme un accessoire de l'action en justice⁵. Comme dit ci-dessus, le droit d'obtenir du juge qu'il statue sur sa prétention serait considérablement handicapé s'il n'était assorti du droit d'exiger du juge qu'il prenne en considération toutes les preuves qui doivent aider à la manifestation du droit subjectif allégué. On peut aussi admettre qu'il s'agit d'un avatar du principe du procès équitable. La cause n'est pas entendue équitablement lorsqu'une partie est privée de son droit à la preuve⁶.

Le conflit avec le secret des affaires peut alors se présenter sous deux aspects. Tout d'abord, une partie peut-elle se prévaloir de toutes les preuves qu'elle détient, en ce compris celles qui auraient été acquises en violation du secret des affaires? Ensuite, lorsqu'elle ne détient pas les preuves, peut-elle demander l'exécution de mesures d'instruction (production de documents, expertise) qui pourraient aller à l'encontre du secret des affaires? Et une sous-question apparaît: quand bien même ces mesures d'instruction seraient-elles ordonnées, ne faut-il pas en définir les modalités de

manière à ce qu'elles n'affectent pas la confidentialité des données détenues par la partie concernée? Se pose alors la question du respect du second principe que nous allons examiner: le principe du contradictoire.

6. Le principe du contradictoire implique la communication à toutes les parties des pièces et actes de procédure soumis au tribunal. Il s'agit d'un principe général de droit en droit interne mais c'est aussi un composant du principe du procès équitable énoncé à l'article 6 de la C.E.D.H. Il est entendu par la Cour européenne des droits de l'homme comme "le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce, toute observation soumise au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision et de la discuter"⁷. Le principe du contradictoire s'oppose donc à toute cachotterie de la part d'une partie: dès lors qu'elle prend l'initiative de soumettre certains éléments au tribunal, elle doit aussi les porter à la connaissance de la partie adverse. Jusque là, tout est normal: la partie apprécie en connaissance de cause les risques qu'elle prend en utilisant certaines pièces en justice. Elle peut préférer garder sous silence l'existence de certaines données, dont la révélation lui causerait un préjudice sans proportion avec l'avantage résultant de la production de la pièce. Mais c'est sans compter avec le rôle actif du juge en matière de mesures d'instruction. En effet, le tribunal peut imposer à une partie de communiquer des pièces décisives, même lorsque celle-ci souhaite les conserver sous le boisseau. La conjugaison du pouvoir d'initiative du juge et du principe du contradictoire peut alors avoir des effets dévastateurs en matière de respect de la confidentialité de certaines données.

À la lecture de la loi et de la jurisprudence, on constate que le principe du contradictoire n'est pas absolu. En matière de production de documents, l'article 989 C.jud. dispose que le juge devra préciser les modalités selon lesquelles le document sera versé au dossier. C'est une porte ouverte vers la recherche de solutions qui préserveront au mieux les intérêts du propriétaire de la pièce produite. En matière d'expertise, des aménagements à la

¹ Cass. 30 juin 2005, *Res. jur. imm.* 2006, 341; Cass. 20 janvier 2003, *J.T.T.* 2003, 265, *RABG* 2004, note VANLERSBERGHE; Cass. 17 septembre 1999, *Dr. circ.* 2000, 13; Cass. 18 juin 1999, *R.D.J.P.* 1999, 332; Cass. 4 mars 1999, *Pas.* 1999, I, 321, *R.D.J.P.* 1999, 332; Cass. 13 mars 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1396; Cass. 16 septembre 1996, *Pas.* 1996, I, 808; Cass. 4 mai 1995, *Pas.* 1995, I, 474; Cass. 17 février 1995, *Pas.* 1995, I, 190; Cass. 18 mars 1991, *Pas.* 1991, 663, *J.T.* 1991, 717, *J.T.T.* 1991, 325 et *R.W.* 1990-91, 1437.

² PLANIOL et RIPERT, t. VII, n°s 1411 et s.; BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. IX, vol. 2, n°s 1167 et s.; MARTY et RAYNAUD, n°s 217 et s.

³ G. GOUBEAUX, "Le droit à la preuve", in *La preuve en droit* (études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS), Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 277 et s.

⁴ Voir aussi: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, n° 100, p. 410.

⁵ G. GOUBEAUX, "Le droit à la preuve", in *La preuve en droit* (études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS), Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 280.

⁶ A. KOHL, "Arbitrage et production de documents. Du droit à la preuve dans la procédure arbitrale de droit interne", in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 318, n° 9. Voir aussi, dans ce sens, C.E.D.H. 13 mai 2008, *N.N. et T.A./Belgique*, § 43.

⁷ Parmi les nombreux arrêts, on peut épingler: C.E.D.H. 20 février 1996, *Vermeulen/Belgique*. Pour une décision récente, voir: C.E.D.H. 18 octobre 2007, *Asnar/France*. Voir aussi: C.J.C.E. 14 février 2008, *Varec*, C-450/06, *J.T.* 2008, 425, § 47.

contradiction dont aussi tolérés, pour autant qu'ils soient limités et proportionnés. Il est ainsi admis que, en cas d'urgence, l'expert procède à certains constats en dehors de la présence des parties¹.

7. Si le secret des affaires peut cacher des activités inavouables, l'excès de transparence peut également provoquer des dégâts irréparables. A. Puttemans relève à ce sujet la problématique des procédures introduites uniquement pour percer les secrets de son concurrent². Les procédures judiciaires sont alors instrumentalisées par les parties à des fins d'espionnage industriel. La protection du secret des affaires et le droit à la preuve paraissent donc à première vue aussi méritoires mais leurs effets s'opposent³. Ils relèvent tous deux des principes généraux du droit belge et du droit européen. Le juge va donc devoir évaluer leur application, au regard des exigences du cas d'espèce, en pesant les intérêts respectifs des parties.

d. Tentatives de solution

8. Concrètement, que devra faire le magistrat? Il va devoir se poser deux questions: quels critères utiliser afin d'établir un équilibre entre droits au secret des affaires et à la contradiction? Une fois les critères connus, quelle procédure utiliser pour ménager les intérêts de toutes les parties?

La détermination des critères d'appréciation pour trancher le conflit est une question éminemment délicate. Elle restera toujours largement tributaire des circonstances du cas d'espèce. Il est donc difficile de tracer des lignes de conduites générales, si ce n'est des règles trop générales pour être d'un grand secours au praticien⁴.

Les termes du problème sont parfaitement exposés dans la jurisprudence du tribunal de première instance des com-

munités européennes: "pour apprécier les conditions dans lesquelles un traitement confidentiel peut être accordé à certains éléments du dossier, il importe de mettre en balance, pour chaque pièce ou passage de pièce de procédure pour lequel un traitement confidentiel est demandé, le souci légitime de la partie requérante d'éviter que ne soit portée une atteinte essentielle à ses intérêts commerciaux et le souci, tout aussi légitime, des parties intervenantes de disposer des informations nécessaires aux fins d'être pleinement en mesure de faire valoir leurs droits et d'exposer leur thèse devant le juge communautaire"⁵. La confidentialité de certaines parties du dossier sera admise lorsque la divulgation d'informations causerait à la personne ou l'entreprise concernée un *préjudice particulièrement grave*⁶. Selon la Cour de justice des Communautés européennes, la procédure doit respecter, *dans son ensemble*, le principe du procès équitable (ce qui autorise une dérogation ponctuelle au principe du contradictoire)⁷.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme précise que les restrictions aux droits de la défense du fait de la confidentialité de certaines données doivent rester *exceptionnelles*⁸. En matière civile, les exceptions à la contradiction doivent se fonder sur des *motifs légitimes*⁹. Si des entorses au principe du contradictoire sont ainsi admises, elles doivent être *compensées par la garantie qu'offre la procédure suivie devant la juridiction*¹⁰.

Ces principes sont rappelés par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 19 septembre 2007¹¹.

Quelle pourrait être cette garantie procédurale qui compense l'atteinte à la contradiction? Selon la Cour constitutionnelle, les parties doivent être informées de ce qu'il existe des pièces confidentielles et être en mesure de contrôler, si possible, une version non confidentielle de ces documents. En outre, il convient qu'un juge indépendant

¹ Liège 3 décembre 2002, *J.L.M.B.* 2004, 1498; Civ. Gand 23 février 2000, *T.G.R.* 2000, 168; Mons 18 janvier 1999, *J.T.* 1999, 371.

² A. PUTTEMANS, "La réglementation des ventes à perte", *J.T.* 1991, pp. 225 et s., spéc. n° 67, p. 236. L'auteur cite des actions en cessation pour vente à perte introduites contre des entreprises qui font une marge de 100, voire 400 % sur leurs ventes. Dans ce cas, le but poursuivi par le demandeur est cousu de fil blanc. Ce n'est évidemment pas pour faire sanctionner une vente à perte inexistante.

³ La Cour européenne des droits de l'homme l'a expressément reconnu dans l'arrêt du 13 mai 2008, *N.N. et T.A./Belgique*, § 43. Même s'il s'agissait de la protection de la vie privée, au sens classique du terme, dans le cadre d'une procédure en divorce, le principe énoncé par la Cour est transposable à toute atteinte à la vie privée, notamment en matière commerciale.

⁴ T. BOMBOIS et C. DUBOIS parlent d'une approche casuistique, fortement empreinte d'équité. Ils évoquent également une "très fine balance des intérêts" ("La conciliation de la protection du secret des affaires et du principe du contradictoire dans les recours en matière de marchés publics: l'arrêt *Varec* de la Cour de justice", *J.T.* 2008, pp. 426 et s., point II, c).

⁵ Ordonnances du tribunal du 4 avril 1990, *Hilti*, T-30/89 et du président de la cinquième chambre du tribunal du 15 juin 2006, *Deutsche Telekom AG*, T-271/03.

⁶ C.J.C.E. 24 juin 1986, *AKZO Chemie*, C-53/85, § 28-29.

⁷ C.J.C.E. 14 février 2008, *Varec*, C-450/06, cité en note 22.

⁸ C.E.D.H. 21 juin 2007, *Antunes et Pires/Portugal*, § 35.

⁹ C.E.D.H. 9 juin 1998, *McGinley et Egan/Royaume Uni*, § 86. T. BOMBOIS et C. DUBOIS ("La conciliation de la protection du secret des affaires et du principe du contradictoire dans les recours en matière de marchés publics: l'arrêt *Varec* de la Cour de justice", *J.T.* 2008, pp. 426 et s., point II, b. et note 53) relèvent que, dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, les exigences du contradictoire sont en principe les mêmes au civil et au pénal mais que, concrètement, la Cour paraît moins exigeante en matière civile.

¹⁰ C.E.D.H. 20 février 1996, *Doorson/Pays-Bas*, § 72.

¹¹ Voir ci-dessus, note 14.

et impartial puisse contrôler la confidentialité alléguée de ces pièces ainsi que leur exactitude et leur pertinence¹.

9. La solution au conflit est donc intimement liée à la procédure elle-même. Dès lors que le respect du secret des affaires et le principe du contradictoire sont deux principes aussi respectables l'un que l'autre, ce sont les garanties procédurales qui justifieront les atteintes portées au principe du contradictoire. Le contentieux économique, particulièrement, devant la Cour de justice des communautés européennes, connaît des procédures spécifiques pour respecter le secret des affaires. Ces procédures sont-elles transposables en droit judiciaire?

Une première réserve s'impose. Toutes les parties à ces procédures ne sont pas directement concernées par la décision administrative incriminée. Ainsi, dans le droit de la concurrence, les tiers plaignants ne se voient pas reconnaître des droits procéduraux aussi étendus que les autres parties. Ils n'ont donc pas nécessairement accès à toutes les pièces du dossier². A leur égard, le secret des affaires constitue donc un obstacle efficace. Cette situation n'est pas transposable à la procédure judiciaire classique, où toutes les parties sont sur pied d'égalité quant à l'accès aux pièces. Toutes les pièces communiquées par une des parties sont communes, en ce sens qu'elles doivent être accessibles aux autres parties qui doivent pouvoir s'en servir au même titre que leur propre dossier de pièces³.

Une seconde réserve doit être soulevée. Les règlements de procédure tant de la Cour de justice que du tribunal de première instance des communautés européennes prévoient la possibilité de purger le dossier de pièces confidentielles, en cas d'intervention d'un tiers à la procédure⁴. En cas de litige sur la confidentialité de certaines pièces, le président de chambre statue par ordonnance⁵. De telles procédures ne sont pas explicitement prévues en droit procédural interne de droit commun. Le juge confronté à un conflit de confidentialité est donc laissé à lui-même et devra donc découvrir la procédure la plus adéquate pour trancher la difficulté.

10. On en revient ici au cas d'espèce. Le président du tribunal de commerce de Tongres, confirmé par la cour d'appel d'Anvers, a créé un filtre entre les deux parties, en

la personne d'un expert, chargé de trier les informations fournies par l'une des parties et ne retenir que les seules informations pertinentes pour la solution du litige. Le procédé n'est pas neuf et avait déjà été utilisé par la cour d'appel de Liège⁶. C'est probablement l'une des manières les plus efficaces de réaliser l'arbitrage entre ces principes divergents. Le tribunal de commerce de Hasselt avait également admis que des documents partiellement masqués soient transmis à l'une des parties, pour préserver la confidentialité d'un prix d'achat⁷. Toutefois, le masquage de données, utilisé seul, est un procédé gênant. La partie autorisée à cacher certains renseignements n'en profite-t-elle pas pour garder dans l'ombre des renseignements pertinents pour la solution du litige qui lui sont défavorables? Et même si les données masquées sont sensibles, n'ont-elles pas un impact décisif sur l'issue du litige? Une telle procédure ne paraît pas conforme aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle. Le tri entre données confidentielles et non confidentielles est laissé à l'initiative d'une partie et n'est pas contrôlé par un juge indépendant et impartial. Le masquage de documents, sous le contrôle d'un tiers indépendant, donne plus de garanties à cet égard.

Mais la Cour constitutionnelle parle du contrôle de confidentialité effectué par un *juge* indépendant et impartial. L'intervention d'un expert, pour remplir cette mission, pose-t-elle un problème? Je ne le pense pas. D'une part, la détermination du caractère confidentiel des informations peut nécessiter des compétences techniques, dont le juge ne dispose pas. Pour apprécier si certaines données techniques sont originales ou banales, par exemple. On peut ici s'inspirer du rôle joué par l'expert en matière de contrefaçon. D'autre part, il est inévitable que l'intervention d'un expert entraîne une forme de délégation du pouvoir de juridiction. Le juge, par son incompétence dans le domaine technique, n'est pas en mesure de remettre en cause l'avis de l'expert, qui servira de fondement à son jugement. Le phénomène est connu et admis, pour autant que l'expert soit lui-même indépendant et impartial et que l'expertise soit conforme au principe du procès équitable⁸. Il ne me paraît donc pas critiquable que l'appréciation du caractère confidentiel ou non des documents soit laissée à

¹ Arrêt cité ci-dessus, point B.9.3.

² P.-O. DE BROUX, "La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux administratif économique", *R.D.C.* 2007, pp. 553 et s., n° 22; C. SCHURMANS, "Le rôle du juge dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence", in *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, Louvain-la-Neuve - Bruxelles, Academia - Bruylant, 2004, p. 121, n° 39.

³ A. FETTWIS, *Manuel*, n° 277.

⁴ Règlement de procédure de la Cour, art. 93; règlement de procédure du tribunal de première instance, art. 116.

⁵ P.-O. DE BROUX, "La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux administratif économique", *R.D.C.* 2007, n° 14; voir, à titre d'exemple, l'ordonnance prononcée par le président de la cinquième chambre du tribunal le 15 juin 2006 dans l'affaire T-271/03 *Deutsche Telekom AG*.

⁶ Liège, 22 mai 2001, *R.R.D.* 2001, 468.

⁷ Comm. Hasselt 18 avril 2001, *Ann. prat. conc.* 2001, 284; voir aussi: Comm. Gand (prés.) 8 janvier 1990, *Ing. Cons.* 1990, 60.

⁸ C.E.D.H. 2 juin 2005, *Cottin/Belgique*, § 31 et s.

un expert, sachant qu'en tout état de cause, le dernier mot appartient au juge. C'est lui tranchera si l'expert bute sur une difficulté. C'est d'ailleurs ce qui s'est passé dans l'affaire qui a donné lieu aux décisions commentées.

Dans ces décisions, le critère décisif est la pertinence des données. Si les informations confidentielles sont essentielles pour la décision, elles doivent être soumises au juge et à l'autre partie et le secret des affaires est sacrifié. En revanche, si les informations litigieuses ne sont d'aucun secours pour trancher le litige, le secret est sauvegardé. La solution est dure pour l'entreprise qui souhaite conserver la confidentialité de certaines données, même lorsque celles-ci s'avèrent importantes pour le tribunal. Par ailleurs, l'admission du caractère confidentiel des informations a pour effet qu'elles sont écartées des débats: ni le juge ni les autres parties ne pourront en prendre connaissance. Pourrait-on envisager que certaines parties se voient opposer le secret des affaires mais que le juge puisse avoir un accès intégral au dossier? Cela permettrait de ménager le secret des affaires et l'efficacité du travail du juge. La C.J.C.E. l'a admis en matière de marchés publics: "l'instance responsable des recours doit nécessairement pouvoir disposer des informations requises pour être à même de se prononcer en toute connaissance de cause, y compris les informations confidentielles et les secrets d'affaire"¹. En clair, cela signifie que, si une partie n'a pas accès à ces informations, le juge, lui, doit pouvoir en prendre connaissance. Ce qui vaut en matière de contentieux économique ne me paraît pas transposable en droit procédural interne, dans des litiges entre particuliers. En effet, le juge ne peut se fonder sur des faits dont les parties n'ont pas pu discuter la portée, voire même l'existence².

Dans un tel contexte, on n'aperçoit pas bien quelles garanties le juge pourrait adopter, en droit procédural commun, pour compenser cette atteinte grave à l'égalité des armes et aux droits de la défense et faire en sorte que la procédure, dans son ensemble, respecte malgré tout le principe du procès équitable.

11. La solution existe en droit processuel étranger: c'est le mécanisme de "l'avocat spécial", utilisé dans certaines matières au Canada ou au Royaume-Uni. Il s'agit d'un avocat *ad hoc*, désigné pour défendre les droits d'une partie, sans toutefois devoir lui communiquer toutes les informations qu'il pourrait retirer de la procédure³. La partie n'assiste d'ailleurs pas personnellement aux débats. Par rapport au mécanisme exposé au point précédent, la technique de l'avocat spécial a l'avantage de soumettre au tribunal et aux conseils des parties (mais non aux parties elles-mêmes) un dossier complet, non expurgé de ses informations confidentielles. Mais, outre que cette procédure nous apparaît fort exotique, elle est coûteuse (la partie sera défendue par deux avocats, l'ordinaire et le spécial), longue (l'avocat spécial doit être mis au courant d'un dossier qu'il n'a pas suivi depuis son origine) et soulève de sérieuses objections quant au rôle de l'avocat, qui ne doit que partiellement rendre compte à son client⁴. Elle a nécessité une intervention du législateur dans les pays concernés. On voit mal comment il en irait autrement chez nous.

Dominique MOUGENOT

Maître de conférences aux FUNDP – Namur

Juge au tribunal de commerce de Mons

Antwerpen (8^{ste} kamer) 4 juni 2008

Anvers (8^{ième} chambre) 4 juin 2008

Voorzitter: Adriaensen
Raadsheren: Dom en Van Muylder
Advocaten: De Meese, Cerfontaine, Schutyser en Peeters loco D'Hooghe

RECHTSMACHT – BURGERLIJKE RECHTER – SUBJECTIEF RECHT – RECHT OP NALEEVING GELIJKHEIDSBEGINSEL – APPRECIATIEBEVOEGDHEID VAN DE OVERHEID – GEEN IMPACT OP SUBJECTIEVE RECHTEN

De geschillen over subjectieve rechten behoren krachtens artikel 144 van de Grondwet in de regel tot de bevoegdheidssfeer van de justitiële rechter. Belgacom beroept zich in casu op het subjectief recht op een gelijke behandeling, voortvloeiend uit het gelijkheidsbeginsel. Het hof wijst erop dat het recht op naleving van het gelijk-

¹ Voir l'arrêt Varec cité en notes 22 et 29, § 53.

² C. SCHURMANS, "Le rôle du juge dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence", in *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, Louvain-la-Neuve – Bruxelles, Academia – Bruylant, 2004, p. 121, n° 39.

³ Voir la procédure décrite dans les arrêts suivants: C.E.D.H. 25 octobre 1996, *Chahal/Royaume-Uni*; C.E.D.H. 16 février 2000, *Jasper/Royaume-Uni*.

⁴ Voir les objections soulevées par la Chambre des Lords, citées par: C.E.D.H. 27 octobre 2004, *Edwards et Lewis/Royaume-Uni*, § 45.